

FRANCESCO MARONE
Professore ordinario di diritto costituzionale
presso il dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università
degli Studi Suor Orsola Benincasa
francesco.marone@unisob.na.it

L'EMERGENZA COVID TRA TEMPORANEITÀ DEI POTERI D'URGENZA E CRISI DEL REGIONALISMO

THE COVID EMERGENCY BETWEEN THE TEMPORARINESS OF EMERGENCY POWERS AND THE CRISIS OF REGIONALISM

SINTESI

L'emergenza da Covid-19 ha posto il dibattito attorno ai poteri d'urgenza al centro dell'attenzione.

Il presente contributo è volto a fornire una ricostruzione critica dei poteri emergenziali attivati per fare fronte all'emergenza sanitaria in atto, focalizzandosi – da un lato – sul rapporto tra l'impianto emergenziale creato nel contesto dell'emergenza da Covid-19 e la normativa generale in materia di protezione civile e – dall'altro lato – sul ruolo rivestito dalla Regioni nella gestione dell'emergenza da Covid-19.

A tal fine, lo studio parte, innanzitutto, da una ricostruzione dei poteri d'urgenza, in generale, e della normativa in materia di protezione civile, in particolare, al fine di evidenziare le caratteristiche, i presupposti ed limiti dei poteri d'urgenza nell'ordinamento italiano.

A tale inquadramento generale segue l'analisi del rapporto tra la normativa dell'emergenza Covid-19 e la normativa prevista in materia di protezione civile. In particolare, il contributo pone il quesito circa la necessità e legittimità della scelta di prevedere una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella già prevista in materia di protezione civile per fare fronte all'emergenza da Covid-19. A tal riguardo, il contributo giunge alla conclusione che la decisione di adottare una disciplina speciale per fronteggiare la pandemia sembra condivisibile, oltre che legittima e forse anche necessaria.

Dopo questa prima conclusione, lo studio si concentra sul ruolo riconosciuto alle Regioni nell'ambito della gestione dell'emergenza da Covid-19 ponendo, in particolare, il quesito se il riconoscimento di una quota di potere emergenziale alle regioni fosse una soluzione costituzionalmente necessitata. A riguardo si giunge alla conclusione che tale scelta fosse più che altro motivata da ragioni sia giuridiche che politiche.

ABSTRACT

During the Covid-19 pandemic the debate concerning emergency powers has become crucial.

The purpose of the article is to provide a critical reconstruction of the emergency powers used to face the current health emergency. In particular the paper focuses – on the one hand – on the relation between the emergency legisla-

tion enacted to face the Covid-19 pandemic and the general legislation on civil protection and – on the other hand – on the role of the Italian Regions within the framework of Covid-19 emergency management.

First of all, the articles analyses, in general, the emergency powers and, in particular, the Italian legislation on civil protection in order to outline their legal nature, characteristics and limitations within the Italian legal system.

Such general analysis is followed by the analysis of the relationship between the emergency legislation enacted to face the Covid-19 pandemic and the general legislation on civil protection. In particular, the paper questions the necessity and legitimacy of a Covid-19 legislation derogating from the legislation already provided in the field of civil protection. However, in this regard the article concludes that such derogation might be considered acceptable as well as necessary and legitimate.

After this first conclusion the article shifts its focus on the role of the Regions within the management of the Covid-19 pandemic and on the question whether the attribution of certain powers to the regions was necessary under the Italian constitution. In this respect, the article draws the conclusion that such decision was rather due to a mix of legal and political reasons.

PAROLE CHIAVE: poteri d'urgenza – regionalismo – protezione civile – temporaneità – Covid-19

KEYWORDS: emergency powers – regionalism – civil protection – temporariness – Covid-19

INDICE: 1. Considerazioni introduttive su poteri d'urgenza e garanzia dei diritti. – 1.2. Segue: la disciplina organica della protezione civile. – 1.3. Segue: poteri d'urgenza e protezione civile nella giurisprudenza costituzionale. – 2. Il quadro normativo dell'emergenza Covid: una deroga necessaria alla disciplina generale della protezione civile?. – 3. La necessaria temporaneità dei poteri d'urgenza come fondamento della loro legittimità. – 4. Il ruolo riconosciuto alle regioni tra vincoli costituzionali ed esigenze politiche. – 5. Conclusioni. – 5.2. Segue: la prospettiva di un nuovo futuro per l'Italia in Europa.

1. Considerazioni introduttive su poteri d'urgenza e garanzia dei diritti

L'emergenza Covid ha inevitabilmente ravvivato il dibattito sui poteri d'urgenza.

Da un lato ci si chiede se sia legittimo l'impianto speciale che si è deciso di dare ai poteri emergenziali per fronteggiare questa specifica circostanza, sottraendola almeno in parte alla disciplina generale dettata dalla legge sulla protezione civile.

Dall'altro, la concorrenza, e in molti casi la sovrapposizione, di interventi statali e regionali ha riaperto la discussione sul regionalismo italiano e sui suoi limiti, evidenziando ancora una volta le contraddizioni di una stagione riformatrice che il sistema non sembra ancora essere riuscito ad assorbire.

In queste note si affronteranno entrambe le questioni, a cominciare dal quadro normativo che disciplina il potere di contrasto alla pandemia. A tal fine appare utile ricostruire, sia pur sinteticamente, il contesto giuridico nel quale le

vicende che osserviamo si sono andate a collocare, ossia quello generale del fondamento e della disciplina dei poteri d'urgenza.

La discussione sul fondamento e i limiti dei poteri d'urgenza attraversa tutta la storia del diritto pubblico, almeno a partire dalla teorizzazione della necessità come fonte del diritto con la quale Santi Romano giustificava la legittimità dei poteri esercitati per far fronte al terremoto di Messina del 1908¹.

Questa impostazione autoritaria, di epoca liberale, della necessità come fondamento del potere è evidentemente incompatibile con i caratteri dello Stato democratico-costituzionale, che mette al vertice della piramide delle fonti la Costituzione, rigida e immodificabile, se non nei limiti e nelle forme da essa stessa fissati².

Si tratta, naturalmente, di una tematica molto ampia che non è possibile affrontare compiutamente in questa sede, per cui ci si limita a tracciarne le linee salienti.

L'evoluzione storica dei poteri d'urgenza si è mossa, da un lato, nella direzione di conformare sempre più la normativa al fine di evitare l'insorgere di situazioni emergenziali, dall'altro nel senso di limitare i poteri attivabili in situazioni di urgenza, attraverso una progressiva tipizzazione delle modalità d'intervento e l'individuazione (soprattutto in via giurisprudenziale) di limiti di esercizio.

Sotto il primo profilo vengono utilizzati strumenti ordinari e strumenti straordinari tipizzati, al fine di scongiurare il verificarsi di eventi caratterizzati

¹ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, 220 ss. Sulla necessità nel sistema delle fonti, A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 159. Le origini storiche delle ordinanze emergenziali sono ricostruite da E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti del diritto*, Bologna, 2019. In generale sui poteri d'urgenza, si veda anche M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Scritti*, Milano, 2002; U. GARGIULO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 L.n.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, 105; V. ANGIOLINI, *Necessità ed urgenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990.

² M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 11 aprile 2020, 4, il quale, con specifico riferimento alla legittimità dei provvedimenti adottati per fronteggiare il Covid, afferma che: «La Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte, come vorrebbe (per riprendere le parole di Francesco Racioppi) "quella nuova «ragion di Stato» che l'imperfetto costituzionalismo germanico ci raccomanda col nome pomposo di «diritto di necessità»". Idea che è radicalmente incompatibile con il primato della Costituzione e con la sua rigidità: ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo, se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale, intesa come consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali da parte delle istituzioni di vertice (la *Verfassungsdurchbrechung* nel senso di Jacopi e di Schmitt), destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del fatto, non della piena applicazione di una (pretesa) fonte del diritto». Nel senso di ritenere che «la necessità "di fatto" assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento», si veda G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020.

dall'urgenza di intervenire, di modo che si giunga a prevenire la necessità di dover provvedere attraverso l'utilizzo di poteri eccezionali e derogatori per far fronte a situazioni emergenziali³.

Per quanto attiene al profilo della limitazione dei poteri d'urgenza attraverso la tipizzazione degli strumenti d'intervento e l'elaborazione giurisprudenziale di *test* di giudizio per valutarne la legittimità, questi sono più direttamente connessi all'oggetto di queste note, per cui se ne indicano brevemente gli elementi caratterizzanti.

Al di là del generale limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento⁴, la giurisprudenza amministrativa ha individuato una serie di criteri alla stregua dei quali valutare la legittimità dell'esercizio dei poteri emergenziali. Tra questi parametri, che finiscono per costituire il limite esterno della legittimità dell'azione amministrativa di tipo emergenziale, vi è anzitutto il requisito dell'urgenza, in ordine al quale si pone principalmente il problema della definizione del preciso significato dei termini contingibilità e urgenza; la residualità della misura, intesa come inadeguatezza degli strumenti ordinari a far fronte alla situazione⁵; la temporaneità, ovvero la limitazione temporale degli effetti prodotti dall'esercizio dei poteri d'urgenza.

³ M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 654 ss., il quale sottolinea, con riferimento generale all'utilizzo di poteri d'urgenza in funzione preventiva, che «il fattore che ha inciso in maniera più profonda ed ampia sulla stessa concezione dell'esercizio dei poteri d'urgenza è l'introduzione, nell'ordinamento italiano, del principio di precauzione. Il principio di precauzione, per cui l'incertezza scientifica sulle conseguenze di una determinata attività o intervento, "in caso di rischio di danno grave o irreparabile non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed efficienti anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale" (si tratta del 15° principio della Dichiarazione di Rio), costituisce una delle linee guida della politica ambientale comunitaria, per effetto della quale è venuto a costituire uno dei capisaldi della tutela dell'ambiente italiana».

⁴ La Corte costituzionale ha individuato la Costituzione e i principi generali dell'ordinamento, quali limiti generali al potere d'urgenza, a partire dalla sentenza 20 giugno 1956, n. 8. Si vedano a commento di tale decisione G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 994; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, 1956, I, 863. La successiva sentenza 23 maggio 1961, n. 26 affermava che i provvedimenti d'urgenza non possono mai essere in contrasto con i principi generali dell'ordinamento, «dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria». In commento alla sentenza si vedano V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge della legge di P.S. dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886; C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 T.u.p.s. come testo legislativo*, *ivi*, 898;

⁵ Con riferimento al criterio della residualità della misura d'urgenza, M. GNES, *op cit.*, 673, sottolinea condivisibilmente come da questo principio possa ricavarsi la distinzione tra gli atti d'ordinanza e quelli d'urgenza: «i primi, infatti data la loro capacità derogatoria, possono essere usati solo come ultima risorsa, quando cioè non sono disponibili altri rimedi. In questo consiste, appunto, la loro funzione di "valvola di sicurezza" dell'ordinamento: si tratta di strumenti che, pur se il loro utilizzo viene sempre più delimitato, comportano ampi poteri derogatori, che l'ordinamento può tollerare solo quando non vi siano, o non siano sufficienti, gli strumenti esistenti, sia ordinari, sia d'urgenza tipizzati. Ciò spiega perché, da un lato, ne venga prevista un'applicazione più vasta e generalizzata (come è avvenuto con i poteri d'ordinanza del sindaco, ove è stata eliminata l'individuazione dell'ambito per materie), mentre, dall'altro, il loro utilizzo viene sempre più delimitato e circoscritto, anche con l'applicazione del principio di residualità». In generale sul concetto

Tra tutti i criteri di giudizio elaborati dalla giurisprudenza per valutare il corretto esercizio dei poteri di urgenza, quello che assume maggior rilievo è il principio di proporzionalità, alla stregua del quale la discrezionalità dell'amministrazione deve essere orientata ad individuare la soluzione più adatta alla situazione da fronteggiare. Si tratta di un principio che assume una valenza ben più ampia di quella di eventuale articolazione della figura sintomatica dell'eccesso di potere, giungendo a svolgere la funzione più generale di parametro di valutazione dell'azione amministrativa, in sostituzione del principio di legalità, il cui rispetto, nel quadro dell'esercizio dei poteri d'urgenza, è assicurato soltanto sul piano formale⁶.

Del principio di proporzionalità la dottrina ha individuato tre elementi caratterizzanti: l'idoneità, la necessità e l'adeguatezza⁷.

Il concetto di idoneità impone che si valuti il rapporto che intercorre tra il fine che si vuole perseguire e i mezzi prescelti, affinché questi ultimi siano idonei a soddisfare le finalità che ci si è posti.

La necessità della misura comporta che si utilizzi la soluzione meno pregiudizievole per gli altri interessi in gioco, ovvero che l'azione amministrativa sia orientata a bilanciare il pubblico interesse che persegue con tutti gli altri interessi coinvolti con esso incompatibili.

Con riferimento all'adeguatezza, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che questa comporta che ci sia proporzionalità tra situazione concreta da fronteggiare, contenuto dell'atto e finalità di interesse pubblico da perseguire.

Come detto, la questione generale dell'evoluzione dei poteri d'urgenza è ben più complessa di quanto lo scopo limitato di questo lavoro consenta di indagare, ma il quadro dei principali criteri elaborati dalla giurisprudenza per vagliare la legittimità dell'esercizio dei poteri d'urgenza consente comunque di cogliere il significato dell'introduzione nell'ordinamento di una legislazione organica sulla protezione civile.

1.2. Segue: la disciplina organica della protezione civile

La legge del 1992 è stata definita come «*il tentativo più ambizioso [...] per razionalizzare le procedure di intervento in casi di eventi eccezionali che hanno leso o mettono*

di urgenza in diritto pubblico si veda L. GIANNITI, P. STELLA RICHTER, *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, *ad vocem*.

⁶ Sul punto, per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019, 89, secondo il quale: «*Le ordinanze in questione operano in definitiva una deroga al principio di tipicità degli atti amministrativi, in base al quale la norma attributiva del potere deve definirne in modo sufficientemente preciso presupposti e contenuti, e sollevano dunque [...] un problema di compatibilità con il principio di legalità inteso in senso sostanziale*».

⁷ A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 1035, che ha definito il principio di proporzionalità un concetto «*unitario ma scomponibile*».

in pericolo la sicurezza e l'incolumità di persone e cose, tenendo conto nello stesso tempo dei principi e criteri enunciati in materia di ordinanze di necessità e urgenza dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni»⁸.

La struttura complessiva della disciplina della protezione civile, quale emerge dalla legge istitutiva e dai successivi interventi legislativi fino alla codificazione del 2018, sembra coerente con le linee di sviluppo della giurisprudenza sui poteri d'urgenza. Da un lato, si individuano forme di previsione e prevenzione degli eventi calamitosi e, dall'altro, vengono tipizzati casi e modalità degli interventi di soccorso.

Vengono definite le situazioni che possono dar luogo all'utilizzo di poteri straordinari derogatori e viene definito un procedimento da seguire per dichiarare lo stato di emergenza e attivare i relativi poteri.

In estrema sintesi, per quanto interessa ai limitati fini del presente lavoro, dinanzi a situazioni talmente gravi da richiedere interventi straordinari, è possibile che il Consiglio dei Ministri decida di accentrare tutti i poteri necessari per far fronte all'emergenza, utilizzando, là dove necessario in rapporto alla situazione, ordinanze in deroga a tutte le disposizioni vigenti, purché nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento.

È evidente il tentativo del legislatore, in coerenza con le linee evolutive dei poteri di urgenza di cui si è detto, di tipizzare e limitare casi e modalità dell'intervento straordinario.

Se ne ricava una linea evolutiva che, ferma restando la necessità e la legittimità del ricorso a ordinanze libere di fronte a situazioni di urgenza imprevedibili, si muove nel senso di limitarne e tipizzarne l'utilizzo, al fine di mitigarne, per quanto possibile, il carattere *extra ordinem*.

1.3. Segue: poteri d'urgenza e protezione civile nella giurisprudenza costituzionale

Sul tema dei poteri emergenziali non sono mancati interventi della Corte costituzionale che hanno contribuito significativamente a conformare le linee applicative della disciplina legislativa in argomento.

Già molto tempo prima dell'approvazione della legge n. 225 del 1992, la Corte costituzionale aveva avuto modo di soffermarsi sul rapporto tra l'emergenza e l'ordinario assetto delle competenze, sottolineando, nel decidere una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge n. 996 del 1970 (Norme sul soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite da calamità – protezione civile) che «*in presenza di calamità che abbiano malauguratamente ad assumere più vaste proporzioni, direttamente o indirettamente coinvolgendo la collettività nazionale, l'esigenza di assicurare – nel corso della fase operativa, successivamente, cioè, al verificarsi*

⁸ G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2186.

dell'evento – effettiva unità di indirizzo e di azione non può non prevalere – legittimamente – su ogni altra considerazione, pur se rispettabile»⁹.

La straordinarietà dell'evento calamitoso, dunque, giustifica un accentramento di poteri in capo al Governo e il conseguente asservimento degli organi regionali e locali al potere direttivo degli organi centrali, poiché l'esigenza di garantire unità di indirizzo all'azione seguente l'evento emergenziale prevale anche sul rispetto delle competenze regionali.

La Corte ha, inoltre, avuto modo di precisare, seppur in un contesto affatto diverso dalla protezione civile, che l'emergenza quale clausola giustificativa della deroga al normale funzionamento dell'ordinamento giuridico, è accettabile in quanto caratterizzata dalla temporaneità¹⁰.

Affermata, poi, la legittimità della deroga al potere regionale anche nell'esaminare la legge sulla protezione civile¹¹, la Corte si è successivamente soffermata sulla struttura dei poteri d'ordinanza previsti da quella disciplina organica¹². In particolare, è stato ritenuto che si tratta di un potere che, proprio in ragione della sua intrinseca eccezionalità, non può «*incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e la norma di cui si consente la temporanea sospensione. L' "emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale – “pur di precipuo e stringente rilievo” – non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale (sent. n. 307 del 1983, considerato in diritto n. 3). L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali*». Più chiaramente, la Corte vuole dire, quanto al rapporto tra l'intervento d'emergenza e le competenze regionali, che queste possono essere sacrificate purché nel rispetto del principio di leale collaborazione, declinato nel senso di assicurare alle regioni il maggior coinvolgimento possibile compatibilmente con la situazione da affrontare.

Con l'ulteriore precisazione che gli interventi in deroga possono essere autorizzati soltanto dallo Stato e che questa previsione deve considerarsi prin-

⁹ Corte costituzionale, 28 dicembre 1971, n. 208, in *Giur. cost.*, 1971, 2328, con nota di F. MERUSI, *Le catastrofi «ripartite»*. Il passo citato nel testo continua nel senso di ritenere che «*in presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre, non vi è più luogo a sottili dosaggi di poteri ed a complicazioni di procedure, che potrebbero ritardare, se non addirittura compromettere, la tempestività e l'efficacia del soccorso, cui tutti devono animosamente cooperare, nell'adempimento di quei “doveri inderogabili di solidarietà... sociale” che l'art. 2 Cost. ha solennemente posto a base dell'ordinamento vigente e che non concernono i soli individui, ma incombono del pari sui gruppi organizzati e gli enti di qualsiasi specie*».

¹⁰ Corte costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 15, là dove si afferma che «*l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo*». La sentenza è commentata in *Giur. cost.*, 1982, 85 ss., da L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*; G. BATTAGLINI, *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*.

¹¹ Corte costituzionale, 9 novembre 1992, n. 418.

¹² Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127.

cipio fondamentale della materia della protezione civile¹³, anche a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione¹⁴; ed inoltre che le regioni non possono vanificare gli effetti di un atto emergenziale statale adottandone altro di segno contrario o addirittura sospendendone esplicitamente l'efficacia¹⁵.

Dunque, i primi elementi utili per il presente lavoro, che emergono dalla giurisprudenza costituzionale sono due: la legittima concentrazione del potere al livello centrale, in caso di emergenza di rilievo nazionale, con il limite del rispetto del principio di leale collaborazione finalizzato a limitare al minimo necessario la compressione dell'autonomia regionale; la temporaneità dell'emergenza quale titolo legittimante l'utilizzo di poteri *extra ordinem*, poiché l'urgenza protratta a tempo indeterminato trasforma *de facto* un potere straordinario in ordinario, mettendone in discussione la legittimità. Entrambi i profili sono venuti in rilievo nella gestione dell'emergenza Covid e, come vedremo, presentano aspetti critici, per cui è bene fissarli come punti di riferimento dell'analisi.

A conclusione di questo breve *excursus*, può dirsi che, alla vigilia della pandemia da Covid-19, il quadro normativo relativo ai poteri d'urgenza si presentava ben strutturato sulla base di due direttrici fondamentali: la tendenziale tipizzazione delle ipotesi di ricorso a tali poteri e la limitazione degli stessi. Sotto quest'ultimo aspetto, pur nel riconoscimento del carattere necessariamente aperto del potere d'ordinanza, in quanto tale sfuggente a un'applicazione stretta del principio di legalità sostanziale, la giurisprudenza ha messo a punto test di giudizio efficaci per bilanciare potere *extra ordinem* e tutela dei diritti, primo fra tutti il principio di proporzionalità.

2. Il quadro normativo dell'emergenza Covid: una deroga necessaria alla disciplina generale della protezione civile?

In questo quadro generale, si inserisce l'emergenza Covid.

Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato d'emergenza ai sensi degli articoli 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1, del d.lgs. 1/2018. Si tratta, in particolare, della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale che, a norma dell'art. 25 del medesimo d.lgs. 1/2018, accentra tutti i poteri di intervento in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹³ Corte costituzionale, 16 ottobre 2003, n. 327, commentata in *Giur. cost.*, 2003, 3979 da E. DI BENEDETTO, *Decretazione d'urgenza in materie di competenza regionale. Spunti di riflessione*.

¹⁴ Corte costituzionale, 22 febbraio 2006, n. 82.

¹⁵ Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, a commento della quale sia consentito rinviare a F. MARONE, *Temporaneità dei poteri d'urgenza e competenze regionali*, in *Giur. cost.* 2007, 2265. Già in precedenza, con la sentenza 28 giugno 2004, n. 198, la Corte costituzionale aveva chiarito, con riferimento alla sospensione degli effetti di una legge statale, che le leggi regionali non possono vanificare gli effetti di un atto statale sospendendone l'efficacia, ma devono impugnarlo dinanzi alla Corte, là dove siano ravvisabili vizi di legittimità.

Tale dichiarazione seguiva il *Public Health Emergency of International Concern* con cui, il 30 gennaio, l'Organizzazione Mondiale della Sanità aveva dichiarato il focolaio internazionale di Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale. Allora, la dichiarazione dello stato di emergenza aveva un valore precauzionale, essendo ancora una fase nella quale il virus non sembrava riguardare l'Italia, ma si presentava come un problema lontano.

Dal momento della dichiarazione dello stato d'emergenza *ex artt.* 7 e 24 del d.lgs. 1/2018, qualora si fosse reso necessario intervenire tempestivamente per contrastare il diffondersi dell'epidemia sul territorio nazionale, il Governo avrebbe potuto far fronte a ogni esigenza attraverso ordinanze «*in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*».

Invece, quando nella seconda metà di febbraio si è capito che il virus era arrivato anche in Italia, il Governo ha scelto una diversa soluzione. Anziché esercitare i soli poteri d'urgenza tipizzati nel Codice della protezione civile, già formalmente attivati con la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio, ha approvato un decreto legge (23 febbraio 2020, n. 6) che definisce un quadro normativo speciale per la sola emergenza Covid, in deroga alla disciplina generale.

Tale decreto è stato, poi, sostituito dal n. 19 del 25 marzo che, come successivamente integrato e modificato da altri (il principale dei quali, ai nostri fini, è il n. 33 del 16 maggio), è attualmente vigente e definisce un complesso quadro nel quale il ruolo centrale viene attribuito ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con poteri più limitati e circoscritti per il Ministro della salute e per le regioni¹⁶.

Ma era necessaria una disciplina speciale? Perché non si sono ritenuti sufficienti gli strumenti previsti dalla disciplina della protezione civile?

Va preliminarmente chiarito che non vi è stata alcuna rottura costituzionale in nome della necessità come fondamento del potere d'urgenza, né una situazione paragonabile allo stato di guerra di cui all'art. 78 della Costituzione¹⁷. Il fondamento del potere esercitato dal Governo sta pienamente nel solco della Costituzione, essendo difficile sostenere che, nella fattispecie, non ricorresse un caso straordinario di necessità e d'urgenza che, a norma dell'art. 77 Cost., legittima la normazione primaria di provenienza governativa¹⁸. C'è, al più, un tema di durata della straordinarietà della situazione di fatto posta a fondamento del potere urgente, che ci porremo tra un attimo.

¹⁶ Per la ricostruzione del quadro normativo relativo all'emergenza Covid si veda M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 3, 282.

¹⁷ Nel senso di una saldatura degli articoli 77 e 78 a fondamento del d.l. 19/2020, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*. In senso opposto F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, 22 aprile 2020.

¹⁸ Per una ricostruzione ampia nel senso della legittimità del quadro dei poteri nell'emergenza Covid si veda M. LUCIANI, *op. cit.*

Prima è interessante provare a comprendere la *ratio* della scelta del Governo. Ci sono forse, come vedremo, anche ragioni politiche, legate alla distribuzione della responsabilità delle scelte tra i diversi livelli territoriali di governo, ma ciò che qui interessa è indagare le possibili ragioni giuridiche di tale scelta.

La risposta risiede probabilmente, almeno in parte, nel rispetto del limite che la riserva di legge rappresenta per un potere amministrativo derogatorio della disciplina legislativa, qual è quello emergenziale.

La Corte costituzionale ritiene preclusa la possibilità di ricorrere al potere d'ordinanza in materie coperte da riserva assoluta di legge. Viceversa, in caso di riserve relative, la stessa Corte ritiene «*ammisibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emaneazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito*»¹⁹.

In quest'ottica assume forse maggiore chiarezza e condivisibilità la strada intrapresa dal Governo italiano.

Il decreto legge n. 19, come già faceva il decreto legge n. 6, elenca tutte le misure, a cominciare dalla limitazione della libertà di circolazione, che il Governo è legittimato ad adottare. Vengono elencate decine di misure in modo dettagliato, per quanto possibile in relazione a un evento emergenziale (quale una pandemia) che non è limitato nel tempo e nello spazio, ma è per sua natura in continuo divenire.

Si tratta però di un impianto che, nel suo complesso, consente di individuare quei “criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito”, cui la Corte costituzionale condiziona la legittimità di ordinanze d'urgenza in ambiti materiali coperti da riserva relativa di legge.

Non v'è dubbio che in questa circostanza il Governo si trovava di fronte alla necessità di comprimere in modo molto profondo i diritti dei cittadini, intrecciando anche materie coperte da riserva di legge, a cominciare dalla libertà di circolazione e soggiorno, la più immediatamente incisa dalle misure anti Covid²⁰.

Dunque, la decisione di adottare una disciplina speciale per fronteggiare la pandemia sembra condivisibile, oltre che legittima e forse anche necessaria. Adottare le misure limitative necessarie con gli “ordinari” poteri in deroga di

¹⁹ Corte costituzionale, 23 maggio 1961, n. 26. In dottrina A. MORRONE, *Fonti normative cit.*, 218. Sul rapporto tra libertà fondamentali e riserva di legge nel quadro dell'emergenza Covid si veda R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge – tutela della libertà fondamentali” in tempo di COVID-19: una nuova questione non “di principio”*, in *Diritti regionali*, 1/2020.

²⁰ G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 3, 318 ritiene che le ragioni della scelta del Governo di non utilizzare le sole ordinanze di protezione civile, ricorrendo ai nuovi strumenti disegnati con i decreti legge *ad hoc* adottati in occasione dell'emergenza Covid, sia legata a tre ragioni. In primo luogo, le ordinanze di protezione civile sono legate al verificarsi di eventi calamitosi e, in quanto tali, sarebbero poco idonee a far fronte a un processo in divenire come una pandemia. In secondo luogo, la necessità di ricorrere a una pluralità di misure, relative non solo al contenimento della pandemia, avrebbe anch'essa concorso alla scelta di dotarsi di strumenti speciali. Infine, la necessità di limitare libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, e coperte da riserva di legge, avrebbe anch'essa suggerito al Governo di dotarsi di una copertura legislativa, al fine di rendere più sostenibile la legittimità costituzionale delle misure adottate.

cui all'art. 25 del d.lgs. 1/2018 avrebbe, molto probabilmente, destato molti più dubbi di quanti ne abbiano destati i d.P.C.M. di questi mesi.

Al di là delle perplessità sull'atteggiamento adottato dalla magistratura su cui ci si riserva di tornare nelle conclusioni, la delimitazione del potere emergenziale attraverso atti legislativi *ad hoc* ha quantomeno reso più agevole il controllo di legittimità del potere stesso.

3. La necessaria temporaneità dei poteri d'urgenza come fondamento della loro legittimità

Tuttavia, se in origine l'impianto normativo relativo all'emergenza Covid sembra pienamente legittimo e coerente con la Costituzione, qualche problema può creare lo scorrere del tempo, sia sul piano della forma degli atti sia sul piano sostanziale del perdurare di misure *extra ordinem*.

Sotto il primo profilo, è necessario riflettere sull'utilizzo del decreto legge quale strumento legislativo unico²¹. Attraverso decreti legge è stata dettata e aggiornata la disciplina relativa alle misure di contenimento del virus e attraverso decreti legge sono state adottate le misure economiche necessarie. Al momento di licenziare questo lavoro, i decreti legge emanati sono ben ventiquattro.

Com'è noto, presupposto perché il Governo eserciti *motu proprio* la funzione legislativa è la straordinarietà delle circostanze. Ma la straordinarietà, per definizione, non può divenire ordinaria, poiché questa è una contraddizione in termini in contrasto con la Costituzione. E il decorso del tempo, per sua natura, trasforma lo straordinario in ordinario²².

La straordinaria necessità ed urgenza sta nel fatto che gli eventi non consentono di ricorrere allo strumento ordinario, la legge del Parlamento, perché i tempi del procedimento di formazione della legge non sono compatibili con l'urgenza di intervenire. Il decorso del tempo rappresenta, dunque, un fattore che, per sua natura, non può non incidere sui presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza.

In quest'ottica, il ricorso alla decretazione d'urgenza lo scorso febbraio era fuori di dubbio legittimo. Viceversa oggi, a distanza di quasi un anno dalla dichiarazione dello stato d'emergenza, il fatto che si continui a normare tutto quanto riguarda la pandemia con decreti legge solleva più di un dubbio di legittimità²³.

²¹ Si vedano, a tal proposito, le osservazioni di F.S. MARINI, *op. cit.*

²² M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti tra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AV.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1163.

²³ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza cit.*, 10 si esprimeva lo scorso aprile nel senso della legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza, chiarendo però che «Diversa dovrebbe essere la conclusione qualora l'emergenza si protracesse per molti mesi. In quel caso, infatti, ci troveremo in una condizione trasformatasi in sostanzialmente ordinaria (per quanto a tempo definito possa essere), che reclamerebbe una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni. In particolare il Parlamento dovrebbe recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo (e a questo scopo sarebbe essenziale la soluzione dei problemi pratici di funzionamento

Altro è fare fronte a un'onda pandemica improvvisa, come avvenuto all'inizio, altro regolare per molti mesi le diverse fasi di un processo in divenire senza tornare al regime ordinario della normazione parlamentare, nonostante ve ne sia stato, e ve ne sia, tutto il tempo.

In sintesi, se da un lato l'emergenza pandemica da Covid-19 rappresentava, all'inizio della crisi, un caso di scuola di legittimazione del Governo all'utilizzo dei poteri legislativi straordinari di cui all'art. 77 Cost., il decorso del tempo tende a trasformare le circostanze straordinarie in ordinarie, mettendo progressivamente in discussione la legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza in luogo dell'ordinario esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento²⁴.

Inoltre, il decorso del tempo rileva anche sotto il profilo della legittimità dell'esercizio di poteri d'urgenza *tout court*. Anche in questo caso, mentre l'urgenza del febbraio scorso è *in re ipsa*, l'urgenza dell'autunno richiede un approfondimento.

È stato fatto tutto il necessario per evitare la seconda ondata del virus? Le misure preventive adottate erano adeguate? Si è perso del tempo prezioso? Insomma, è stato rispettato il principio di precauzione?

L'urgenza consente di attivare legittimamente i poteri emergenziali previsti dall'ordinamento, ma l'urgenza autoprodotta no. Il Governo non può invocare un'urgenza che ha contribuito a produrre per giustificare l'uso di poteri *extra ordinem*.

Da questo punto di vista occorre chiedersi se le misure approntate dal Governo nell'esercizio dei poteri straordinari, legittimamente attivati nella prima fase dell'emergenza, siano state idonee e adeguate a evitare il protrarsi dell'emergenza. Se così non fosse, se cioè il Governo avesse contribuito a causare le condizioni di emergenza, o anche solo non avesse fatto cose che potevano essere fatte, violando così il principio di precauzione, allora la legittimità del potere d'urgenza al quale ancora si fa ricorso andrebbe quantomeno rivalutata.

Naturalmente non sfugge che la crisi riguarda tutto il mondo, seppur con diversa intensità, ma qualche domanda è giusto porla e un'analisi di quanto accaduto sarà indispensabile anche al fine sistematico di ridurre a unità con l'ordinamento gli atti che hanno regolato questa drammatica vicenda.

4. Il ruolo riconosciuto alle regioni tra vincoli costituzionali ed esigenze politiche

L'altro aspetto controverso dell'impianto normativo costruito per fronteggiare l'emergenza Covid è quello relativo al ruolo riconosciuto alle regioni nel quadro dei poteri d'urgenza previsti *ad hoc* dai decreti legge di cui si è detto.

delle assemblee rappresentative, garantendo la pienezza del dibattito e, allo stesso tempo, la sicurezza dei parlamentari). Se così non fosse, allora, e solo allora, potrebbe e dovrebbe porsi il problema della violazione del principio costituzionale di straordinarietà».

²⁴ Sulla marginalizzazione del ruolo del Parlamento durante, l'emergenza Covid, si veda A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *Rivista del Gruppo di Pisa, Forum Emergenza Covid e organi costituzionali*, 2020, 9 ss.

Il Codice della protezione civile prevede espressamente che l'emergenza possa avere un'estensione territoriale diversa. In particolare, l'art. 7 del d.lgs. 1/2018 distingue emergenze di rilievo regionale (lett. b) ed emergenze di rilievo nazionale (lett. c) e il successivo art. 24 disciplina gli effetti della dichiarazione dello stato d'emergenza nazionale da parte del Consiglio dei Ministri. I poteri d'urgenza necessari sono tutti accentrati in capo al Governo, fatto salvo l'obbligo dell'intesa con le regioni interessate previsto dal comma 1 dell'art. 25. La previsione dell'intesa, peraltro, conferma la titolarità esclusiva del potere esercitato in capo allo Stato.

D'altra parte, le stesse disposizioni fanno espresso rinvio a leggi regionali di disciplina dei poteri d'urgenza per le ipotesi di emergenze a carattere regionale dichiarate *ex art. 7, lett. b)*. Non sembra dubitabile, quindi, che quando l'emergenza alla quale far fronte abbia carattere nazionale, i poteri d'urgenza sono tutti accentrati a livello statale.

A ciò si aggiunge che, una volta dichiarato lo stato di emergenza e attivati così i poteri previsti e disciplinati dal d.lgs. 1/2018, gli altri poteri d'urgenza devono necessariamente ritenersi recessivi. Se, cioè, si ritiene necessario ricorrere ai poteri straordinari previsti dal Codice della protezione civile, va da sé che poi è nel perimetro di quei poteri che le misure idonee vanno adottate.

Vuole dirsi, più chiaramente, che il generale potere di ordinanza libera previsto dalla legge sul Servizio Sanitario Nazionale (l. 833/78) e dal Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. 267/00) non può essere esercitato, senza porre seri dubbi di coordinamento, qualora sia stata dichiarata un'emergenza nazionale ai sensi del d.lgs. 1/2018.

Peraltro, pur lasciando tale considerazione in disparte, la dimensione territoriale dell'urgenza è presa in considerazione anche dai testi legislativi testé citati. L'art. 32 della legge n. 833 del 1978 attribuisce il potere d'ordinanza al ministro della sanità, al presidente della giunta regionale o al sindaco a seconda della dimensione territoriale dell'emergenza. L'art. 50 del d.lgs. n. 267 del 2000, a sua volta, assegna al sindaco i poteri contingibili e urgenti nel caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, specificando che negli *«altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza [...] spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali»*.

Nella fattispecie della pandemia da Covid-19, avente carattere addirittura globale, non vi sono dubbi che la dimensione dell'emergenza fosse nazionale. In modo pienamente legittimo, quindi, il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza il 31 gennaio, accentrando tutti i poteri necessari.

Da quel momento in poi il ruolo delle regioni avrebbe potuto, e dovuto, essere limitato all'intesa, conformemente agli orientamenti della Corte costituzionale e alla previsione esplicita dell'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018. Invece, sia il decreto legge n. 6, sia il decreto legge n. 19, hanno riconosciuto un autonomo

spazio di potere alle regioni, che non sembrava costituzionalmente dovuto e che ha finito per creare molta confusione nei cittadini²⁵.

L'art. 3 del d.l. n. 6 del 2020 prevede, al comma 1, che le misure emergenziali siano tutte adottate con d.P.C.M., in coerenza con la concentrazione del potere in capo al Governo in caso di emergenza di dimensione nazionale. Il successivo comma 2 dello stesso articolo prevede, poi, che «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Le misure adottate ai sensi del presente comma perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione*».

Tale disposizione sembra confermare quanto andavamo dicendo a proposito di poteri contingibili e urgenti previsti in via generale dall'ordinamento. Il fatto di richiamarli espressamente, per consentirne l'utilizzo da parte delle regioni, implica necessariamente che quegli stessi poteri non avrebbero potuto essere utilizzati legittimamente, nella fattispecie di emergenza nazionale regolata dal d.l. in questione, in assenza di una espressa previsione.

Il successivo d.l. n. 19, all'art. 3 (rubricato "misure urgenti di carattere regionale o infraregionale"), prevede che «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*».

Tale ultima disposizione è ancora vigente e definisce un quadro nel quale le regioni possono intervenire, nel tempo tra un provvedimento governativo e il successivo, a dettare misure di maggior rigore, qualora il quadro si aggravi nel loro territorio.

²⁵ A tal proposito G. PIPERATA, *op. cit.*, ritiene che «*Il sistema di produzione del diritto emergenziale immaginato dai decreti legge intervenuti non brilla per chiarezza e per coerenza rispetto al sistema delle fonti. Non possiamo dire – come è stato giustamente notato – che è stata violata la legalità costituzionale, ma è indubbia la tensione alla quale istituzioni e dinamiche tradizionali di produzione del diritto siano stati sottoposti. Tale situazione è stata ulteriormente aggravata, da un lato, da un protagonismo di alcune regioni ed enti locali, che, spinti da esigenze egoistiche di protezione dei propri territori, hanno abusato del potere di ordinanza emergenziale loro riconosciuto e, dall'altro, da momenti di indecisione del Governo, che ha preferito non attivare poteri di intervento, anche sostitutivi come quello previsto dall'art. 120 Cost., per assicurare l'unità giuridica o economica del nostro Paese, ritenendo più adatti altri rimedi, come la contestazione in sede giudiziaria o l'annullamento straordinario delle ordinanze ritenute illegittime. Tutto ciò ha creato momenti di grande confusione, con effetto di disorientamento tra i cittadini, incerti sui comportamenti da tenere e sulle limitazioni da rispettare*». Si veda anche G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

Viene da chiedersi se il riconoscimento di una quota di potere emergenziale alle regioni fosse una soluzione costituzionalmente necessitata o non sia stata dettata, invece, da altre esigenze e valutazioni. E viene da chiedersi che conseguenze questa scelta abbia prodotto alla luce del concreto esercizio di quei poteri.

Dal punto di vista del vincolo costituzionale, sembra che il punto di bilanciamento tra l'esigenza intrinsecamente unitaria dell'esercizio del potere a livello statale in caso di emergenza nazionale e il rispetto dell'autonomia regionale garantita dalla Costituzione sia quello dell'intesa indicato dall'art. 25 del Codice della protezione civile. Il Governo adotta le misure che ritiene idonee a fronteggiare l'urgenza, cercando l'intesa con le regioni interessate dalle misure stesse.

L'esigenza di riconoscere alle regioni la possibilità di differenziare le misure adottate dallo Stato per l'intero territorio nazionale, non sembra discendere da alcun vincolo costituzionale, ma anzi si pone forse in contrasto con quel divieto per le regioni di rendere inefficaci le misure statali d'emergenza sul proprio territorio del quale si è detto in precedenza²⁶.

Dunque, se il legislatore non era costituzionalmente vincolato a prevedere poteri d'urgenza in capo alle regioni, per quale ragione tali poteri sono stati riconosciuti?

Probabilmente concorrono ragioni giuridiche e ragioni politiche. Da un lato si voleva prevedere uno strumento d'intervento maggiormente rapido ed elastico per il caso di improvviso aggravamento della situazione in un ambito territoriale circoscritto. Dall'altro, si è forse tenuto conto di valutazioni relative alla responsabilità politica delle scelte fatte in un momento particolarmente drammatico della storia del Paese.

Naturalmente nessuno poteva prevedere, nel marzo scorso, cosa sarebbe accaduto e che piega avrebbero preso gli eventi. È quindi possibile che, accanto alle legittime ragioni giuridiche di articolazione territoriale del potere cui si è fatto cenno, un governo non particolarmente forte e stabile abbia anche ritenuto prudente non assumere per intero su di sé la responsabilità politica della gestione della crisi.

Basti pensare alle polemiche sull'apertura delle discoteche, sull'allestimento dei reparti di terapia intensiva o sulla distribuzione dei vaccini antiinfluenzali per comprendere come la frammentazione del potere comporti, specularmente, la frammentazione della responsabilità, che diviene non più chiaramente individuabile e quindi più difficile da far valere da parte dei cittadini.

²⁶ Si fa riferimento a Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284 già citata alla nota 14. Nel senso di ritenere legittimo e dovuto il riconoscimento di uno spazio di potere emergenziale per le regioni C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020. Per la ricostruzione delle norme attributive di poteri a regioni e autonomie locali si veda V. CAVANNA, *La "fluidità" del rapporto tra fonti: poteri di sindaci e presidenti delle regioni ai tempi del Covid-19*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 5, 373.

Va anche detto che alcune regioni hanno utilizzato i poteri previsti dal d.l. n. 19 anche al di là dei limiti di quegli stessi poteri, in ciò avallati da una giurisprudenza amministrativa francamente troppo timida. Questo atteggiamento di competizione politica col Governo, assunto da alcuni presidenti di regione, peraltro non solo appartenenti a forze politiche di opposizione a livello nazionale, non è naturalmente imputabile al Governo, seppur fosse invero prevedibile.

Comunque sia, ne è venuto fuori un quadro nel quale le regioni hanno differenziato le misure alcune volte perché effettivamente necessario, molto più spesso dando l'impressione di voler soltanto marcare la distanza dal governo nazionale, in una sorta di corsa a chi fosse più rigoroso nella lotta alla pandemia.

Ciò ha comportato una frammentazione del quadro normativo tale da incidere sulla certezza del diritto²⁷. Ci sono stati momenti nei mesi scorsi nei quali davvero i cittadini facevano fatica a capire quali fossero i provvedimenti vigenti e quali, quindi, le misure da rispettare. Inoltre, come detto, molte regioni hanno esercitato il potere riconosciuto dal d.l. n. 19 ben al di là dei limiti previsti. In molti casi non vi erano aggravamenti sopravvenuti della situazione rispetto alle misure governative, ma la semplice volontà, a volte addirittura dichiarata esplicitamente, di adottare misure diverse in aperta violazione di legge.

A ciò il Governo non ha avuto la volontà, o la forza, politica di opporsi. Una volta riconosciuto uno strumento giuridico alle regioni che ha prodotto l'effetto competitivo sopra descritto, il Governo non ha trovato poi il modo di disinnescare quel meccanismo, riportando il potere regionale nell'alveo di quanto previsto dalla legge.

In questo quadro, come accennato, duole dover constatare che i giudici amministrativi hanno, nella maggior parte dei casi, sostanzialmente rinunciato ad esercitare le loro funzioni, quasi come se l'art. 113 della Costituzione fosse sospeso in ragione dell'emergenza. Alcuni provvedimenti regionali sono stati impugnati ed erano manifestamente illegittimi, ma i T.a.r. hanno quasi sempre respinto le richieste cautelari con argomenti molto vicini a quello della necessità che fonda il potere, che all'inizio del '900 Santi Romano teorizzava. Tuttavia,

²⁷ A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 1/2020 parla di ipertrofia normativa a proposito del proliferare di atti di regolazione dell'emergenza di diversa provenienza. In particolare, secondo l'Autore, a fondamento di tale ipertrofia vi sarebbero «due moventi, riconducibili ad altrettante fonti di legittimazione delle misure adottate: per un verso, il profluvio di provvedimenti riflette la preferenza per un approccio gradualistico, coerente con l'intenzione di affrontare l'emergenza con gli strumenti e in base ai parametri della scienza (tutte le decisioni, ha più volte sottolineato il Presidente del Consiglio Conte, sono state prese in base alle indicazioni del Comitato tecnico-scientifico istituito dal Capo del Dipartimento della protezione civile, organo richiamato ora anche dall'art. 2, co. 1, del decreto-legge n. 19 del 2020); ma, per altro verso, tale fenomeno sembra rispondere all'ansia, avvertita da tutte le autorità, di dimostrare il proprio impegno sul campo, attraverso l'adozione compulsiva di provvedimenti a volte ripetitivi di quelli già emanati da enti di livello superiore, altre volte ben più restrittivi di questi ultimi. L'effetto complessivo, tuttavia, rischia di essere deleterio in rapporto alle stesse esigenze di contenimento dell'epidemia, poiché la giostra vorticoso di previsioni normative sta determinando una condizione di estrema incertezza».

il diritto pubblico ha abbandonato quella teoria almeno dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana che, in quanto rigida e sovraordinata a ogni altra fonte, fonda ogni potere costituito, ivi compresi quelli emergenziali²⁸.

Concludendo queste considerazioni sul ruolo delle regioni, si può forse notare che il Governo ha riconosciuto quel ruolo per un insieme di ragioni, giuridiche e politiche e le regioni lo hanno interpretato in modo in molti casi tanto estensivo da incidere sugli equilibri complessivi, già precari, del regionalismo italiano.

La posizione costituzionale delle regioni, e dei loro presidenti in particolare, rischia di uscire ulteriormente rafforzata dall'emergenza Covid, laddove si sentiva forse il bisogno di una razionalizzazione, se non proprio di un ridimensionamento²⁹.

La forma di governo regionale disegnata dalla legge costituzionale n. 1 del 1999 ha reso molto forti i presidenti delle regioni, svuotando di ruolo le assemblee rappresentative. L'insieme dell'elezione diretta e della clausola *simul stabunt simul cadent* ha fatto sì che il presidente della giunta, pomposamente detto governatore, sia diventato *dominus* incontrastato e inamovibile della politica regionale. Ciò, da un lato, ha prodotto la progressiva e inesorabile marginalizzazione del principio rappresentativo dalla vita politica regionale e, dall'altro, uno squilibrio nel rapporto tra il centro e la periferia che si manifesta in continue richieste di ampliamento delle funzioni regionali, di cui il dibattito sull'autonomia differenziata degli ultimi anni, che cova sotto la cenere ma è tutt'altro che spento, è solo l'ultimo passaggio.

5. Conclusioni

Provando a trarre qualche considerazione conclusiva, mi sembra che emergano almeno tre profili problematici sul piano dell'ordinamento interno, ma emerge anche, dal modo in cui l'Unione europea ha reagito alla pandemia, una significativa prospettiva di evoluzione sul piano sovranazionale, con tutto ciò che questo può comportare in tema di stabilità finanziaria.

²⁸ Diversi sono stati i casi che hanno impegnato i giudici amministrativi, sui quali si vedano S. FIDANZIA, *Le decisioni del giudice amministrativo in tema di emergenza epidemiologica da Covid-19: profili processuali e interessi costituzionali coinvolti*, in *Lexitalia.it*, 4/2020; U. FRANGIPANE, *Una prima rassegna della giurisprudenza amministrativa nel periodo emergenziale Covid-19*, in *Lexitalia.it*, 5/2020. Recentemente di particolare interesse è la giurisprudenza cautelare in tema di organizzazione dell'attività didattica che, pur essendovi forti dubbi sulla titolarità del potere esercitato dai presidenti di regione, ha respinto le istanze di sospensione. In particolare, si vedano le diverse pronunce del T.a.r. Campania e del T.a.r. Puglia che hanno affrontato il tema nel mese di novembre 2020. Con particolare riferimento al caso alla situazione della Campania si vedano le condivisibili osservazioni di S. PARISI, *Non solo ordinanze: la Campania tra atti paranormativi e decisioni giudiziarie*, in *Le Regioni*, 2020, 867 ss.

²⁹ I problemi del regionalismo italiano sono oggetto di dibattito costante e i contributi dottrinali sono moltissimi. Si veda, in particolare, A. D'ATENA, *Tra autonomia e centralismo*, Torino, 2016.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

In primo luogo, non può non condividersi l'osservazione di Massimo Luciani secondo cui il rischio «che all'uscita dall'emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose»³⁰.

L'equilibrio del potere si è marcatamente spostato verso il Governo in questi mesi, anche con una certa tendenziale confusione tra funzione esecutiva e funzione legislativa, e i cittadini hanno accettato e compreso le ragioni di una sospensione significativa e prolungata dell'ordinaria distribuzione costituzionale del potere. Questo era giusto e inevitabile nella fase acuta dell'emergenza, ma bisognerà vigilare che il Governo non prolunghi i poteri *extra ordinem* oltre il tempo strettamente necessario e non estenda il perimetro oltre la misura strettamente proporzionale alla lotta alla pandemia, senza pericolosi scivolamenti verso tentazioni semplificatorie delle procedure ordinarie poste a garanzia dei diritti³¹.

In secondo luogo, l'emergenza Covid ha ulteriormente confermato, qualora ve ne fosse bisogno, che il regionalismo italiano va profondamente ripensato.

La forma di governo regionale, voluta dalla riforma costituzionale del 1999, ha creato un circolo perverso nel quale i presidenti eletti direttamente non fronteggiano alcuna vera dialettica interna alla politica regionale e sono sempre più protesi a una competizione col governo nazionale per rivendicare meriti e, conseguentemente, spazi di autonomia. Una dinamica di questo segno non può che comportare il progressivo sfilacciamento dell'unità nazionale e del principio di solidarietà, dopo aver già messo nell'angolo il principio rappresentativo nel governo regionale.

È indispensabile ripensare il modello venuto fuori dalla stagione riformatrice della fine del secolo scorso, riportando il regionalismo italiano verso l'equilibrio solidaristico voluto dalla Costituzione del '48. Il regionalismo competitivo non ha funzionato e men che meno hanno funzionato i meccanismi perequativi che avrebbero dovuto mitigarne gli effetti distorsivi. Basti pensare al tema della spesa sanitaria, con la distinzione tra costi storici e costi standard, che ha consentito una sperequazione di spesa sanitaria sul territorio nazionale

³⁰ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 26.

³¹ Si veda ancora M. LUCIANI, *op. ult. loc. cit.*, secondo il quale: «È tuttavia possibile che la lungimiranza manchi e che ci sia chi intende limitarsi a immaginare di lucrare miopi vantaggi politici da questa situazione, così come è possibile che potenti forze economiche e sociali stiano elaborando progetti di normalizzazione futura volti a trasformare l'eccezionale in ordinario, attentando ai nostri diritti costituzionali. Se ciò accadrà, non potremo delegare a nessuno la protezione dei nostri diritti: i diritti dei cittadini hanno nei cittadini i loro finali e più efficaci garanti e non ci sarà richiamo alle tradizioni costituzionali, al diritto naturale ("positivo" o meno che sia), alla non negoziabilità dei valori, al primato di pretesi metavalori, al dialogo fra le Corti o alla tutela multilivello dei diritti che potrà supplire quella che un tempo si definiva vigilanza democratica e che ora, pur in un contesto diverso da quello in cui quest'espressione si usava, potremmo tornare a chiamare con questo nome». Si veda anche G. AZZARITI, *op. cit.*, 5, il quale affermava, nel pieno dell'emergenza della scorsa primavera, che «Se infatti adesso sopportiamo limitazioni di libertà disposte in piena e solitaria responsabilità dal Governo pro tempore in carica, lo facciamo per necessità, avendo ad esso trasferito di fatto i poteri sovrani. Consapevoli però che, se dopo aver sconfitto il terribile e invisibile nemico, non si dovesse tornare alla normalità, rischieremo di precipitare nel buio della Repubblica».

del tutto incompatibile con il principio solidaristico e della quale l'emergenza sanitaria di questi mesi ha messo a nudo drammaticamente tutti i limiti e le conseguenze.

Da ultimo, l'emergenza Covid ha messo in crisi anche la giustizia, che già non se la passava benissimo.

Come detto, i giudici amministrativi hanno, salvo alcuni casi, sostanzialmente abdicato al loro ruolo di controllo dell'esercizio del potere. Ciò evidentemente non è accettabile, perché non è compatibile con lo Stato democratico-costituzionale.

Ogni potere derivato e costituito è per sua natura limitato e in quanto tale controllabile in rapporto al parametro della legge che lo fonda e ne disciplina l'esercizio. Non esiste alcun potere pubblico, in nessuna circostanza, che possa essere esercitato in assenza di limiti e, quindi, del relativo controllo giurisdizionale. Sia pure il solo controllo sulla proporzionalità delle misure, che in molti casi è l'unico esercitabile sulle ordinanze urgenti, per loro natura libere in rapporto alle esigenze concrete da fronteggiare, ma un controllo deve esserci.

In particolare, nei confronti dei provvedimenti regionali, i Tribunali Amministrativi Regionali hanno dato l'impressione di non voler intervenire, anche in casi in cui, come per le chiusure delle scuole, i provvedimenti adottati dai presidenti delle regioni erano manifestamente illegittimi³². Naturalmente bisogna tener conto delle circostanze molto particolari nelle quali ciò si è verificato, ma ciò nondimeno va ricordato che il giudice amministrativo è un giudice e deve essere terzo e imparziale tra i cittadini e la Pubblica Amministrazione. Nella fattispecie dell'emergenza Covid, invece, è parso di ritrovarsi, in molti casi, nuovamente di fronte il giudice speciale dell'amministrazione del quale ci eravamo liberati con la legge del 1865.

Probabilmente anche sulla giustizia amministrativa qualche riflessione sarà utile e non certo per ridurre ancora il ruolo di garanzia di diritti e interessi legittimi, come pure si paventa da più parti con specifico riferimento ai contratti pubblici. Anzi, sarebbe auspicabile un ampliamento dell'area della giurisdizione sull'esercizio del potere pubblico, con il contestuale rafforzamento delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudice amministrativo.

5.2. Segue: la prospettiva di un nuovo futuro per l'Italia in Europa

Detto dei problemi che l'emergenza Covid ha evidenziato, va anche ricordato che il carattere globale della pandemia porta con sé anche qualche oc-

³² Basti ricordare che l'art. 1, comma 13, del d.l. n. 33 del 2020 dispone espressamente che le modalità di frequenza delle attività scolastiche, per ogni ordine e grado, sono riservate alla disciplina dettata dal Governo. Dunque, il sindacato sulle ordinanze regionali, che hanno vietato la frequenza in contrasto con quanto previsto dagli atti governativi, non richiedeva nemmeno una valutazione sul rispetto del principio di proporzionalità o sul ricorrere delle situazioni sopravvenute alle quali fa riferimento l'art. 3 del d.l. n. 19, trattandosi di esercizio di un potere in carenza della relativa attribuzione.

casione di sviluppo, prima fra tutte la possibilità di un ripensamento degli equilibri, politici e finanziari, dell'Unione europea³³.

La piena e definitiva apertura del mercato delle merci, dei servizi e dei capitali avvenne, com'è noto, con la sottoscrizione dell'Atto Unico del 1986. Da quel momento lo Stato si ritrova in una posizione, nei confronti dei mercati finanziari non molto dissimile da quella di tutti gli altri debitori. La piena apertura del mercato dei capitali impedisce l'intervento pubblico attraverso il tasso di cambio e il tasso di sconto, ossia impedisce di intervenire con la leva della politica monetaria. Anche la leva fiscale ne risulta limitata, perché, in assenza di vincoli alla circolazione dei capitali, i fattori produttivi sono liberi di andare dove è maggiormente conveniente e ciò riduce, com'è evidente, i margini di manovra della politica di bilancio.

Si crea, così, un sistema del tutto aperto nel quale, in ultima analisi, la competizione è una competizione tra sistemi. Se i fattori produttivi sono pienamente liberi di allocarsi in uno qualsiasi dei Paesi aderenti al mercato comune, la competizione diviene fatalmente una competizione anche tra gli Stati membri.

In questo quadro i Paesi più deboli sono quelli che soffrono maggiormente e l'Italia è tra questi. La piena apertura del mercato unico ha causato un progressivo rallentamento della crescita, e un corrispondente peggioramento dei conti pubblici, che ha registrato un'accelerazione con l'avvento della moneta unica. In particolare, l'imposizione del vincolo del pareggio di bilancio, a partire dal primo gennaio 1999, illegittima secondo una nota e autorevole opinione³⁴, è stata causa di una dinamica perversa della nostra economia. La sostanziale impossibilità di fare investimenti ha fatto progressivamente rallentare la crescita del PIL e il progressivo indebolimento della nostra economia ha peggiorato il nostro merito di credito, facendo crescere il tasso d'interesse al quale il Paese si indebita sui mercati finanziari internazionali. Il rapporto debito/PIL è andato così peggiorando gradualmente fino a sfondare il muro del 130% con la crisi dei debiti sovrani del 2011, quando tutte le contraddizioni della moneta unica sono venute a galla in modo drammatico. Oggi, con la crisi legata alla pandemia, le stime parlano di un rapporto debito/PIL destinato a superare il 160%.

La cessione della sovranità monetaria, accompagnata dal vincolo del pareggio di bilancio, ha reso di fatto quasi nulli i margini della politica di bilancio e, quindi, la possibilità di investimenti finalizzati alla crescita. Si tratta, in ultima analisi, di una questione di democrazia e di sovranità. Alla riduzione dello spa-

³³ M. LUCIANI, *op. ult. loc. cit.*, il quale nell'aprile scorso ricordava che «l'Unione europea deve operare un cambio di passo, altrimenti non ha più senso (e utilità) che continui a esistere».

³⁴ G. GUARINO, *Un saggio di "verità" sull'Europa e sull'euro*, in ID., *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Napoli, 2014, 31 ss. Peraltro, lo stesso Autore aveva perfettamente delineato la dinamica che le regole di stabilità, che accompagnavano l'unificazione monetaria, rischiavano di innescare nel quadro della finanza pubblica italiana già nel 1991. Si veda, a tal proposito, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA. VV., *La costituzione economica* (atti del convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Ferrara 11-12 ottobre 1991), Padova, 1997, 21 ss.

zio della politica di bilancio nazionale non è corrisposto un analogo e speculare incremento dell'area della politica di bilancio UE. In questo modo la dinamica economica non è stata più regolata, secondo gli schemi istituzionali e giuridici scaturiti dalla crisi degli anni '30, né dallo Stato regolatore e imprenditore, né dagli organi dell'Unione.

La disposizione costituzionale sulla quale l'Italia ha fondato la sua adesione al mercato unico è, com'è noto, quella dell'art. 11, che ammette limitazioni di sovranità solo in condizioni di parità con gli altri Stati. Tuttavia, le condizioni di fatto dell'Italia non erano, e non sono vieppiù oggi, le stesse dei Paesi più forti, soprattutto in ragione dell'elevato debito pubblico. Ciò comporta conseguenze drammatiche per il nostro Paese. Le decisioni sulle politiche monetarie e di bilancio vengono prese ai tavoli europei nei quali il nostro Paese è in una posizione di debolezza, in ragione dell'elevato debito pubblico che ci espone, in caso di aumento dei tassi di interesse, al rischio del collasso del nostro sistema economico.

La situazione è parzialmente migliorata a partire dal 2012, quando la BCE ha avviato un massiccio programma di acquisto del debito pubblico dei paesi dell'eurozona sul mercato secondario, che ha "calmato" i mercati finanziari. Tuttavia, in assenza di misure strutturali che ci consentano di recuperare condizioni di parità con gli altri Stati nella gestione della finanza pubblica, la questione è destinata a tornare, come dimostra la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 sul *quantitative easing*³⁵.

In questo contesto, l'approvazione del programma *Next Generation EU*, legato all'emergenza Covid, può rappresentare un decisivo punto di svolta.

Non è solo, o non è tanto, il fatto che l'Italia avrà a disposizione, per la prima volta dopo oltre vent'anni, ingenti somme da investire per far crescere l'economia e invertire la dinamica degenerativa dei conti pubblici. C'è anche il fatto, che è probabilmente il più importante perché può assumere carattere strutturale, che l'UE ha deliberato di sottoscrivere debito diretto per finanziare il programma. Ciò non vuol dire che i debiti sovrani sono messi in comune tra i Paesi dell'eurozona, e il ripristino del patto di stabilità alla fine dell'emergenza produrrà senz'altro rilevanti conseguenze per la nostra economia. Tuttavia, il segnale che un debito pubblico europeo trasmette ai mercati finanziari è quello della irreversibilità della moneta unica e, di conseguenza, di una qualche forma, sia pur velata e indiretta, di garanzia comune sui debiti.

Se così dovesse essere, i tassi d'interesse scenderebbero, livellandosi verso quello dei Paesi dell'area euro ritenuti più affidabili e questo costituirebbe, ripristinando le condizioni di parità di cui all'art. 11 Cost., di aprire finalmente un nuovo capitolo per l'Italia e per l'Italia in Europa.

³⁵ Si vedano O. CHESSA, *Perché il Tribunale costituzionale tedesco sbaglia a censurare gli «effetti di politica economica» della BCE?*; A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, entrambi in *laCostituzione.info*.